

O PAPEL JURÍDICO, POLÍTICO E SOCIAL DO MAGISTRADO(*)

Adhemar Ferreira Maciel

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Gostaria de começar minha modesta e despretensiosa palestra com as palavras de EDUARDO J. COUTURE, um dos maiores processualistas de todos os tempos, proferidas no curso que ele ministrou na Faculdade de Direito da Universidade de Paris, na primavera de 1949:

"El juez es un hombre que se mueve dentro del derecho como el prisionero dentro de su cárcel. Tiene libertad para moverse, y en ello actúa su voluntad; pero el derecho le fija muy estrechos límites, que no le está permitido ultrapasar. Pero lo importante, lo grave, no está en la cárcel, esto es, en los límites, sino en el hombre".¹

Efetivamente, o juiz, como homem, em sua quase divina tarefa de julgar seus semelhantes, tem uma importância que pode transcender à da própria lei. Daí ter EUGEN EHRLICH, dentro de sua visão sociológica do Direito, sintetizado um truismo: "a única garantia da justiça é a personalidade do juiz".²

(*) Palestra pronunciada no III Encontro de Magistrados Brasileiros/Uruguaios - Montevideu, setembro de 1994.

1 Introducción al Estudio del Proceso Civil, Depalma, 2.ª ed., p. 75.

2 Apud CARDOZO, Benjamin N., "A Natureza do Processo e A Evolução do Direito", tradução de Leda Boechat Rodrigues, Ed. Nac. de Direito Ltda., 1956, p. 5. ESPÍNOLA, Eduardo, "Tratado de Direito Civil

No Brasil, a partir de nossa primeira Constituição republicana (1891), qualquer juiz poderia interpretar as leis e os atos normativos, tendo como parâmetro a Constituição.³ O legislador brasileiro daquela época soube prevalecer-se da jurisprudência norte-americana, então quase centenária, desenvolvida habilmente por JOHN MARSHALL e JOSEPH STORY.⁴ O juiz brasileiro, infelizmente, é que não soube prevalecer-se do poder político que a Constituição então lhe punha ao alcance.

Como o ordenamento político-jurídico varia de Estado para Estado, o papel do juiz, seja como solucionador de conflitos de interesses, seja como fator da justiça e do progresso social, também termina por variar. Assim, o posicionamento, a visão crítica do juiz uruguaio tende a ser diferente daquela do magistrado brasileiro, embora tanto um quanto o outro esteja imbuído do mesmo ideal de justiça e progresso social.

Pelo próprio tamanho geográfico do país, a sociedade brasileira exige um papel muito mais atuante e dinâmico de seu juiz. Ainda somos uma nação de muitos analfabetos, com gritantes diferenças regionais e com inúmeros problemas sociais, o que não se dá com o Uruguai.

Os tribunais brasileiros, sobretudo os superiores e o Supremo Tribunal Federal, em particular, estão abarrotados de processos, o que faz com que as suas decisões fatalmente tendam a diminuir de qualidade, não obstante a capacidade intelectual de seus juizes, que nada têm a dever aos magistrados das mais expressivas cortes de justiça do mundo.⁵ ANDRÉ TUNC viu nesse fato - número de processos nos tribunais superiores - a "summa divisio" dos sistemas judiciários dos países do "common law" e aqueles da Europa continental.⁶

O "Bundesgerichtshof" (BGH) alemão, em 1976, julgou cerca de 7.533 casos, enquanto a Suprema Corte americana julga perto de duas centenas por ano e a House of Lords apenas algumas dezenas.⁷

Brasileiro", Freitas Bastos, 1940, IV vol., p. 116, dá uma síntese de DNISTRJANSKYJ sobre o pensamento de Ehrlich: "Para o método sociológico de EHRLICH prevalece o princípio -tudo acontece para a sociedade e por causa dela; em primeiro lugar, a ela é que a ordem jurídica deve servir; o juiz transforma-se em servo da sociedade".

3 Se na primeira República o **judicial control** se fazia só por via de exceção, **incidenter tantum**, hoje se pode dizer que o controle jurisdicional brasileiro é "misto", pois nossa Constituição (1988) admite também o controle através de ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade (art. 102, I, "a") .

4 MACIEL, Adhemar Ferreira, Nossa Primeira Constituição à Luz do Direito Comparado", Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros, 1993, p. 203.

5 DAVID, René, "Tratado de Derecho Civil Comparado", Rev. de Derecho Privado, Madrid, trad. de Javier Osset, p. 235, ao estabelecer um contraste entre o juiz francês e o juiz brasileiro, frisou: "En el Brasil tanto la doctrina nacional como la extranjera parecen desempeñar un papel de primera categoría; se citan constantemente autores franceses, italianos, portugueses, españoles y argentinos, que los jueces comentan en sus sentencias. Quien estudie una cuestión de Derecho brasileño debe tener en cuenta las decisiones judiciales y las opiniones doctrinales brasileñas y no pretender resolverla considerando únicamente las leyes".

6 CAPPELLETTI, Mauro, "Juizes Legisladores?". Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 1992, p. 119.

7 Idem, p. 119.

O nosso Superior Tribunal de Justiça, que conta seis turmas de cinco juízes cada uma, recebeu, em 1993, nada menos que 33.336 processos. Sem contar agravos regimentais e embargos de declaração -em número de 3.810- foi julgado um total de 31.295 casos. Houve um remanescente de 2.041 processos. De janeiro a julho de 1994, foram distribuídos no STJ nada menos que 24.829 processos, sendo julgados 20.365.⁸

O "Bundesverfassungsgericht" alemão, ou seja, o Tribunal Constitucional Federal, recebeu em seus dois "Senate" cerca de 3.758 processos no ano de 1989.⁹ No nosso Supremo Tribunal Federal (STF), com onze membros, foram distribuídos em 1993 cerca de 24.289 feitos, sendo julgados 21.513. De janeiro a julho de 1994, foram julgados 12.957 processos, com distribuição de 13.705.¹⁰

Quer queiramos ou não, estamos sempre refletindo o meio onde nascemos e vivemos; nossa posição social; nossa infância; nossa família; nossa ideologia política. O próprio critério de recrutamento do juiz acaba por influir em sua conduta profissional. Aí, acredito, já começa a diferença entre o magistrado uruguaio e o magistrado brasileiro. Toda nossa magistratura de primeiro grau tem ingresso na carreira através de concurso público de provas e títulos. Trata-se de imposição constitucional.¹¹ O mesmo não se dá no Uruguai, onde a escolha se faz toda por cooptação. Constitucionalmente, cabe à Suprema Corte de Justiça uruguaia recrutar, sem obrigatoriedade de concurso público de provas intelectuais, os "Jueces Letrados" ¹² e os "Jueces de Paz".¹³ Com isso, no Brasil está havendo uma crescente "democratização" e "humanização" de nossa justiça de primeiro grau.¹⁴

Pesquisa, já antiga, feita entre os juízes de um determinado Estado-Membro brasileiro (Espírito Santo), mostrou que 2,6% dos magistrados entrevistados se consideravam provenientes de classe alta; 86,8%, de classe média, e 10,5%, de classe pobre.¹⁵ Desse modo, creio, teremos mais condições, na hora de interpretar e aplicar as leis, de fazer justiça sempre com os olhos postos nos jurisdicionados menos favorecidos e esquecidos pelos elaboradores das próprias leis, que estão sempre atrasadas em relação aos fatos sociais. Com isso não estou, à evidência, me comprometendo com a já centenária "Escola do Direito Livre" (*Freirechtsschule*)¹⁶ ou com

8 Secretaria Judiciária - Divisão de Estatística.

9 PESTALOZZA, Christian, "Verfassungsprozessrecht", C.H. Beck'sche, München, 1991, p. 362.

10 Na estatística do STF estão incluídos os embargos de declaração, embargos de divergência e agravos de instrumento.

11 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 93, I.

12 Constitución de la República Oriental del Uruguay, art. 239, 5.º.

13 Idem, art. 239, 6.º

14 BARBI, Celso Agrícola, "Formação, Seleção e Nomeação de Juizes no Brasil, sob o ponto de vista da Humanização da Justiça", Revista de Processo, RT, 11-12, pp. 30 e seg.

15 BARBI, artigo cit., p. 34.

16 Von Kirchmann, um dos baluartes do "Movimento do Direito Livre" (*Freirechtsbewegung*) foi quem disse a célebre frase, ainda hoje repetida: "Três palavras retificadoras do legislador e as bibliotecas tornam-se

qualquer sua versão ou variante da atualidade. Na verdade fazemos parte de uma ordem, de um sistema, onde a base é a Constituição. E a Constituição brasileira, embora não seja expressa, como a Lei Fundamental de Bonn (art. 97, 1) ou aquelas que dela sofreram a influência direta¹⁷ - que expressamente dizem que o juiz só fica submetido à lei - também vincula o juiz à lei, não permitindo que ele invada campo delimitado pelos primados da preeminência da lei e da reserva legal.¹⁸

Na verdade, o juiz moderno, sobretudo em país como o Brasil, não pode aceitar mais aquele papel passivo de exegeta da lei, de pesquisador da "vontade do legislador". Tem, se quiser cumprir o papel que a nação lhe confiou constitucionalmente, de resolver os casos concretos, procurando sempre por soluções justas e úteis, sem necessidade - frise-se - de subverter a segurança jurídica. Toda norma geral, abstrata, impessoal, quando é aplicada ao caso concreto, acaba por ensinar, por parte de seu aplicador, a criação de direito que não foi prevista pelo legislador.¹⁹

Como cada um de nós tem sua cosmovisão, ao interpretarmos uma mesma norma jurídica, acabamos, ainda que inconscientemente, por criar o direito. A diferença entre o legislador, principal criador de direito objetivo em nosso sistema, e o juiz, é, na verdade, de "grau" e não propriamente de "natureza". O legislador atua mais livremente; o juiz, mais limitadamente. Ambos, - legislador e juiz - se acham contidos pela Constituição, de onde todo órgão estatal retira sua força e autoridade. Esse o papel político do juiz quando é chamado a aferir o valor de uma norma ou de um ato administrativo conforme a Constituição e as leis.

O relacionamento entre os três Poderes do Estado já mostra diferenças sensíveis entre nossos ordenamentos. No Brasil, o juiz do Supremo Tribunal Federal²⁰, nossa mais alta corte de justiça, é escolhido à maneira norte-americana²¹: o presidente da República indica um nome e o Senado Federal, por maioria absoluta de seus membros, o aprova. Em seguida, é feita a nomeação pelo próprio presidente da República (CF, arts. 84, XIV, e 101). Já no Uruguai, a escolha do membro da Suprema Corte de Justicia se faz sem

papel de embrulho" (*Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und Bibliotheken werden Makulatur*)" (Cf. ESPÍNOLA, Eduardo, ob. cit., p. 81).

17 Japão (art. 76); República Portuguesa (art. 208); Espanha (art. 117, 1).

18 MENDES, Gilmar Ferreira, "Contrariedade à Constituição e Recurso Extraordinário: aspectos inexplorados", artigo publicado na RDA n. 195, p. 43.

19 Cf. Kelsen, Hans, "Teoria Geral do Direito e do Estado", Martins Fontes/UnB, 1990, p. 149.

20 O STF tem triplice papel: "a) Tribunal da Federação; b) Corte Constitucional e c) Tribunal ordinário", PINTO FERREIRA, artigo doutrinário "A Jurisdição Constitucional" in "O Judiciário e a Constituição", livro coordenado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1994, p. 214.

21 ABRAHAM, Henry J., "The Judicial Process", Oxford University Press, 5th ed., p. 64, após dizer que "a única pessoa que, com certeza, sabe porque um homem é nomeado para a Suprema Corte é o Presidente dos Estados Unidos", dá os "critérios" para a escolha, obtidos através de estudos e pesquisas: 1) mérito objetivo; 2) amizade pessoal; 3) equilíbrio de representação ou de representatividade (das unidades federadas) e 4) compatibilidade política e ideológica.

o concurso do Executivo. É o Legislativo (Asamblea General) que faz a escolha. O membro da Suprema Corte de Justicia uruguaia fica no cargo por 10 anos, podendo ser reconduzido após o decurso de cinco.²² No Brasil, qualquer juiz togado é vitalício, só deixando o cargo através de sentença judicial transitada em julgado,²³ ou por invalidez ou ainda pelo implemento da idade de 70 anos.²⁴

Acredito que o juiz que alimenta pretensões de voltar ao cargo, como acontece sobretudo com aqueles eleitos pelo povo²⁵, pode-se tomar mais susceptível de influências por parte dos detentores do poder. Também não posso deixar de reconhecer que o juiz "carreirista" é de igual modo pernicioso para o jurisdicionado, pois põe em primeiro lugar sua vaidade pessoal.

A Constituição uruguaia (art. 233) e a Constituição brasileira conceituam formalmente o Judiciário como um "Poder da República". O Estatuto Político brasileiro, mais enfático ainda do que o uruguaio, reafirma sua fé no dogma do Estado liberal: "Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".²⁶

Embora esse artigo *supra* invoque literalmente o primado da "Séparation des Pouvoirs", na verdade ele se ateu mais ao sistema do "Checks and Balances", onde os Poderes não são propriamente separados, mas reciprocamente vigiados e controlados.²⁷

Ainda que a escolha do juiz uruguaio para os tribunais de instância revisional (Tribunales de Apelaciones) e de instância *sui generis* (Suprema Corte de Justicia) se faça sem o concurso do Executivo, os projetos de leis orçamentárias (*presupuestos*) de iniciativa do Judiciário uruguaio têm de passar pelo crivo do Executivo, que poderá modificá-los (art. 239, 3.º).

²² Arts. 236 e 237.

²³ Art. 95, I, *in fine*.

²⁴ Art. 93, VI

²⁵ ABRAHAM, ob. cit., p. 35, mostra que nos Estados Unidos tem diminuído o número de Estados-Membros que adotam o sistema eletivo de juizes. LASKI, Harold J., diz que de "todos os procedimentos de seleção, o da eleição ao cargo do povo constitui, sem dúvida alguma, o mais pernicioso e inaceitável" (El Estado Moderno -sus instituciones políticas y económicas", trad. de Teodoro González García, Bosch, Barcelona, 1952, tomo II, p. 317). Quanto à crítica dos métodos de escolha nos diversos Estados-Membros dos Estados Unidos, ver MAYERS, Lewis, "El Sistema Legal de los Estados Unidos", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, trad. de Ernesto Weinschelbaum, pp. 348 e seg.

²⁶ Bem antes da Constituição norte-americana (1787) e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Declaração de Direitos do Estado de Virgínia, de 12 de junho de 1776, "made by the representatives of the good people of Virginia", já se havia preocupado com a harmonia e a separação dos poderes (Cf. VERDÚ, Pablo L., "Manual de Derecho Político", Tecnos, 2.ª ed., 1.º vol, p. 175). Diz a seção n. 6 da "Declaration of Rights": "That the legislative and executive powers of the state should be separate and distinct from the judiciary" (Cf. "Documents of American History", editado por COMMAGER, Henry Steele, Appleton-Century-Crofts, New York, 6th ed., p. 103).

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro, ob. cit., p. 48.

Pelo art. 61 de nossa Constituição, o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores gozam de iniciativa de leis complementares e ordinárias. Somente o Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula de nosso Judiciário, pode propor ao Congresso Nacional, diretamente, projeto de lei complementar do Estatuto da Magistratura.

Nos Estados Unidos da América, país que exportou seu direito constitucional para o mundo todo, sobretudo para a América Latina²⁸, o Poder Executivo tem como alterar a composição dos tribunais, fazendo chegar ao Congresso os projetos de seu interesse. Todos nós conhecemos a célebre desavença do Presidente FRANKLIN ROOSEVELT com a Suprema Corte por ocasião da implantação do "New Deal". Toda lei de cunho social do governo era sistematicamente tida como inconstitucional por juizes de visão estreita, conservadora e radical. Em decorrência, ROOSEVELT arquitetou o denominado "Supreme Court-Packing Plan"²⁹, onde seriam criados mais seis "justices" para contrabalançar os "nove velhos" que ali tinham assento.³⁰ No Brasil, só através de revisão ou emenda da própria Constituição é que se pode alterar a composição do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição brasileira de 1988, ora em vigor, deu um passo importante para a independência do Judiciário como instituição. Em seu art. 99 lhe assegurou a "autonomia administrativa e financeira". Assim, são os próprios tribunais que elaboram suas propostas orçamentárias, tudo "dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias". À evidência, somente quando a própria Constituição estabelecer percentuais da receita pública em favor do Judiciário é que se poderá falar em "autogoverno da Magistratura"³¹. Mas, o primeiro passo já foi dado.

A Constituição brasileira, pretendendo assegurar a independência jurídica, política e econômica ao juiz, lhe garante (art. 95) a vitaliciedade (inciso I), a inamovibilidade (inciso II)³² e a irredutibilidade de remuneração (inciso III). Tais garantias não são puramente de natureza "institucional". Mais do que isso, são "direitos constitucionais" do juiz.³³ A vitaliciedade e a inamovibilidade são proteções de natureza interna, contra a intromissão dos outros dois Poderes. A irredutibilidade de vencimentos, que é de natureza econômica, protege o juiz de influência externa e mesmo interna. A

28 Os ordenamentos constitucionais do Brasil e da Argentina foram os que mais sofreram influência do direito constitucional estadunidense (Cf. MACIEL, Adhemar F., op. cit., pp. 192 e seg.).

29 Em 5 de fevereiro de 1937, o Presidente, alguns dias após oferecer um requintado jantar aos juizes da Suprema Corte, anunciou seu plano de aumentar, para cada juiz que fizesse 70 anos, mais uma vaga no "Supreme Court" (Cf. TRIBE, Laurence H., "God Save this Honorable Court", N. American Library, 1986, p. 80).

30 REHNQUIST, William H., "The Supreme Court -How It Was, How It Is", Quill, 1.st ed., New York, p. 63. TRIBE, Laurence H., ob. cit., p. 40.

31 GOMES, Luiz Flávio, "A Questão do Controle Externo do Poder Judiciário", RT, 1993, p. 74.

32 Constitución uruguia, art. 239, §.º, *in fine*.

33 MIRANDA, Pontes de, "Comentários à Constituição de 1946", Borsoi, 1963, vol. III, p. 179.

Constituição norte-americana - matriz dessa nossa garantia -, ao dispor sobre a "Compensation" dos juizes disse que ela " não será reduzida durante a permanência deles no cargo".³⁴ Hoje, sabemos que a irredutibilidade de remuneração deve alcançar também o juiz que se aposenta.

No mundo da atualidade, de um modo geral, e no Brasil, de um modo particular, o juiz pode sentir-se altamente pressionado pela mídia, que, muitas vezes, reflete interesses econômicos de grupos³⁵ ou mesmo paixões públicas momentâneas. Nesse momento é que a personalidade do juiz tem de se fazer presente, para que ele, ainda que não se mostre insensível à realidade da vida, possa bem julgar o caso concreto. A principal garantia do juiz, como se está vendo, é sua independência. Efetivamente, essa a garantia **mater** do magistrado e, por vias transversas, do jurisdicionado. Esse o seu maior poder. Ele decide o caso que lhe é submetido a julgamento, sem ter de seguir qualquer orientação ou **standard** de tribunais superiores, por mais respeitável que ela seja. No Brasil, não existe a denominada "jurisprudência vinculante". Como se sabe, no sistema do "common law" existe o instituto do "stare decisis", que obriga as cortes inferiores a seguir o precedente da corte superior.³⁶ Na própria Alemanha, o § 31 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG)³⁷ cuida dos casos taxativos de obrigatoriedade das suas decisões "para os órgãos constitucionais da Federação e dos Länder, assim como para todos os tribunais e funcionários" etc.³⁸ No Brasil, na malograda "revisão constitucional" do ano passado, muito se falou em "decisões vinculantes" dos tribunais e no "controle externo da magistratura", o que indica um descontentamento geral com nosso sistema, que continua emperrado, anacrônico e moroso, não obstante a introdução da eletrônica em nossas distribuições de feitos, pesquisa jurisprudencial e elaboração de decisões.

34 Article III, Section 1.

35 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, "O Juiz na Nova Ordem Estatal" (no prelo).

36 MACIEL, Adhemar F., "Apontamentos sobre o Judiciário Americano", artigo doutrinário publicado em "O Judiciário e a Constituição", organizado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1994, p. 284. O princípio do "stare decisis" é fielmente observado na Inglaterra. Se houver injustiça quanto aos precedentes, caberá ao Parlamento, através de lei, fazer a correção futura (Cf. SCHWARTZ, Bernard, "Direito Constitucional Americano", Forense, p. 199). Em Portugal, o instituto do "assento" também recebe idêntico tratamento.

37 A "Gesetz über das Bundesverfassungsgericht" é de 12/03/51.

38 "Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden".